

## *Hechos y derechos históricos*

MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN

EL PAÍS - Opinión - 08-08-2005

---

Al decir de la prensa, que doy por bien informada, la pieza donde ha tropezado la factura del Estatuto catalán es, tras la polémica en torno al concepto de Nación, hoy ya en vías de pacificación, la mención de los Derechos Históricos. No crea el lector que lo más grave está en la cuantía de la financiación, en el volumen de las competencias o en la configuración de las instituciones, sino en su "principio y fundamento", cuyo encendido debate muestra dos extremos: uno, la inclinación de los españoles todos, a un lado y el otro del Ebro, por cuestiones en apariencia inútiles; y otro, la importancia que en política pueden tener las categorías e incluso las palabras, cuando, cargadas de afectos, se convierten en símbolos.

Para unos, los Derechos Históricos son un título competencial que sirve para blindar determinadas competencias, y parece que a los otros lo que incomoda no es el blindaje, sino la invocación de tales títulos. ¿Por qué? Porque consideran que al ser pretendidamente previos a la Constitución, son anticonstitucionales. Yo propongo al lector las siguientes siete tesis y le invito a meditar si no convendría manejar hábilmente los símbolos para reconducir y concordar los afectos en lugar de utilizarlos como armas arrojadas. ¡Hasta la libido metafísica puede sublimarse en buena técnica!

Primero, la invocación de los Derechos Históricos no puede ser anticonstitucional, porque el concepto se recoge en la Disposición Adicional Primera de la Constitución y se reitera en importantes elementos del llamado bloque de constitucionalidad, especialmente en el Estatuto de Autonomía del País Vasco de 1979 y el Amejoramiento del Fuero navarro de 1983, y ha sido ya una categoría utilizada con frecuencia y fecundidad por el legislador ordinario, la jurisprudencia, la doctrina legal del Consejo de Estado y la doctrina científica. Gusten o no los Derechos Históricos, ni el jurista atento al derecho positivo ni el político leal a la Constitución pueden escandalizarse de su mención.

Segundo, los Derechos Históricos preexisten (más lógica que cronológicamente) a la Constitución que, al decir de la citada Adicional, los "ampara y respeta". Sólo se ampara y respeta lo anterior y exterior. Y, según dice jurista tan autorizado y poco sospechoso como Muñoz Machado, una Adicional, según su propio nombre indica, adiciona algo al resto de la Constitución, so pena de ser tautológica y vacía. ¿Cabría predicar tal cosa de una disposición de la Constitución cuyo carácter plenamente normativo afirmamos todos los días?

Tercero, la expresión es correcta. Se trata de verdaderos derechos, pero su análogo no es el derecho subjetivo en el que se distinguen sujetos activo y pasivo, objeto y contenido. Son derechos existenciales cuyo análogo son los derechos de la personalidad (v.gr., el derecho sobre el propio cuerpo), que no expresan, como es el caso de los derechos subjetivos, una situación de poder concreto de un sujeto sobre una realidad, sino la irradiación jurídicamente relevante de una identidad de la que nadie, ni uno mismo, sin dejar de existir, puede disponer.

Y el adjetivo "históricos", aparte de permitir una confluencia entre sensibilidades diferentes, expresa su carácter fáctico, anterior a cualquier creación normativa y, en consecuencia, indisponible por ella. Esto es su condición originaria como corresponde a las identidades nacionales, fundamento y no creación de las normas.

En los trabajos constituyentes se planteó la disyuntiva sobre qué fundamentaba a qué: ¿España a la Constitución o la Constitución a España? Y la definitiva opción constitucional no dejó lugar a dudas. Es la magnitud intensiva de España la que fundamenta la Constitución (art. 2 CE) y no a la inversa. España no se inventó en 1978. Análogamente, las identidades nacionales que en España hay no son creaciones normativas como pueden serlo el Tribunal de Cuentas o la Comunidad Autónoma de Madrid, sino que preexistieron a la norma y contribuyeron a fundamentarla. ¿Alguien puede pretender seriamente que Cataluña sea una creación constitucional y no que es su personalidad secular y su correspondiente derecho a ser lo que fundamenta su autogobierno que la Constitución no hace sino reconocer? El hecho antecede al derecho.

Cuarto, la Adicional Primera es aplicable a Cataluña, aunque el catalanismo moderno haya recurrido tardíamente a la invocación de los Derechos Históricos (Vd. discurso de Pujol ante el Parlamento catalán el 11 de febrero de 1987). Ello es claro si se atiende a la interpretación de la citada Adicional Primera en su inmediato contexto. A saber, la Transitoria Segunda y el art. 149, 1, 8ª de la propia Constitución. Así lo hizo el Consejo de Estado en reiterados dictámenes de los años 1987 y 1993.

Quinto. **Los Derechos Históricos no son un título competencial autónomo y, en consecuencia, no sirven para reclamar competencias concretas, pero sí sirven para expresar el carácter originario del autogobierno (\*).** El caso de Navarra, cuyo Amejoramiento del Fuero insiste una y otra vez en dicho carácter originario sin que por ello el Estado haya entrado en crisis, es paradigmático al efecto.

Sexto. Y del carácter originario del autogobierno de un cuerpo político (nacional en el caso de Cataluña, según dicen los parlamentarios elegidos por el 82% de los votantes), resulta la relación pactada con el Estado, algo que también reitera el Amejoramiento foral navarro, sin daño para nadie.

El pacto supone que el autogobierno resultante de los Derechos Históricos no puede ser modificado unilateralmente por el Estado o, lo que es lo mismo a efectos prácticos, unilateralmente interpretado por vía legislativa o jurisprudencial. Pero, en correspondencia, tampoco puede ser unilateralmente modificado por la otra parte, es decir, en este caso por Cataluña. Lo pactado es, para quienes pactan, límite y garantía a la vez. ¿No supone eso mayor estabilidad y seguridad para todos? ¿No debiera ser todo el Estatuto de Cataluña, como pacto de Estado, actualización de los Derechos Históricos?

Séptimo. Y llegamos a la cuestión en apariencia temible de la soberanía, término lleno de pico y garras. El jurista que se pretenda útil y el político que quiera resolver de verdad problemas, no ha de asustarse ante el vocablo ni ahuyentarlo como hace el primitivo ante las fieras, sino tratar de domesticarlo. Si la

soberanía es la competencia sobre la propia competencia, cuando tal competencia ha de ejercerse de consuno por quienes han pactado, la soberanía es cosoberanía. Un concepto que afirmamos, sin rebozo, cuando de la Unión Europea se trata.

Si el lector tiene *in mente* algo, por dramático, irreductible al pacto y, en último término, al derecho, debe recordar lo que afirmaba Leon Duguit, maestro del realismo jurídico: "¿Soberanía? Nunca me he sentado a cenar con semejante cosa".

(\*) He subrayado en rojo esta frase pues suelen olvidarla quienes utilizan a Miguel Herrero y Ernest Lluch en defensa de la invocación de los derechos históricos como instrumento para conseguir más competencias. M.I.